Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

X.

Ueber die Verschiedenheit der Stellung des Beweisverfahrens in dem heutigen gemeindeutschen, ordentlichen Prozesse von der Stellung desselben, 1) in dem Streitverfahren nach römischem, insbesondere Justinianischen Recht, 2) in dem Verfahren nach canonischem Recht und 3) in dem ältern und neuern Reichsgerichtsprozesse, sowie über die äußern und innern Gründe, welche diese Verschiedenheit bewirkt haben.

(Von der Kgl. Juristenfacultät der Universität zu München im Jahre 1853 gekrönte Preisschrift)

von

Herrn **Julius Rau**,
am K. Landgerichte München.

Einleitung.

Wenn wir uns den Prozeß als ein Drama, das verschiedene Acte durchspielt, ferner das Beweisverfahren als einen dieser Acte vorstellen, so ist die hier gegebene Aufgabe die: diesem Acte seinen Platz unter den übrigen auszumitteln. Im Laufe der Zeiten waren die einzelnen Scenen, welche *jetzt* in ihrer Vereinigung diesen Act ausmachen, in anderer Verbindung und Zusammensetzung. Theils waren sie zerstreut, theils in anderem Zusammenhang, theils gar nicht markirt und augenfällig. Diese einzelnen Scenen in den vier größeren rechtsgeschichtlichen Perioden hervorzuheben, bis dahin, wo sich endlich das Beweisverfahren als gesondertes Ganze darstellt, das ist die Aufgabe.

Soll aber eine klare Auffassung ermöglicht, soll das zu gebende Bild nicht trüb und unfaßbar werden, so müssen die Verhältnisse vorgetragen werden, die auf die Stellung des Beweisverfahrens bestimmend einwirkten; es müssen die Gründe vorangesetzt werder, welche diese Stellung bedingen.

Diese Gründe sind aber dreifacher Art; es sind theils solche,

a) welche sich aus der Natur der Beweise, sowie aus dem Begriffe, welchen sich jedes Zeitalter von diesen machte, ergeben: Innere Gründe,

b) theils solche, welche in positiven Anordnungen über das Beweisverfahren oder damit zusammenhängende prozeßualische Institute beruhen: Aeußere Gründe.

Was aber die Verschiedenheit, welche zu beleuchten ist, betrifft, so darf hier nicht außer Auge gelassen werden, daß der Organismus des Prozesses zu seiner Endgestaltung sich in naturgemäßer, durch die Geschichte nachzuweisender Entwicklung erhoben habe. Nicht mit der Verschiedenheit eines Individuums vom andern haben wir es zu thun, sondern mit der Verschiedenheit, wie sie ein und dasselbe Individuum in verschiedenen Lebensaltern zeigt.

Es mag schließlich noch der Umstand hier eine Rechtfertigung finden, daß die Darstellung der heutigen Stellung des Beweisverfahrens vorausgeschickt wurde. Hiezu haben folgende Gründe bestimmt:

1) Es war in der Aufgabe selbst dieser Gang vorgezeichnet;

2) Der zu erörternde Gegenstand ist nicht der Art umfassend, daß Furcht vor Wiederholungen eintreten könnte;

3) Es erscheint vielmehr durch diese Anordnung die klarere Uebersicht und Vergleichung gefördert. Man schaut das Werden besser, wenn man sich zuerst das Gewordene vergegenwärtigt, dann aber zum Keime zurückkehrend das Aufblühen und Entwickeln beobachtet und dem Wachsthume folgend sich zur letzten Entwicklung erhebt.

Kapitel I.

Stellung des Beweisverfahrens im heutigen gemeinen deutschen Prozesse.

§. 1. Zweck und Umfang des Beweisverfahrens.

Zweck und Umfang des Beweisverfahrens überhaupt beruhen auf allgemeinen Grundsätzen, auf Grundsätzen, die in jeder Periode, in welcher eine geordnete Rechtsverfolgung überhaupt ermöglicht wurde, beachtet werden mußten. Es liegt in der Natur des gerichtlichen Prozesses, daß es Sache der Parteien sein muß, dem Richter die Fakta vorzuführen, auf welche hin sie ihre rechtlichen Ansprüche begründen wollen; es liegt ebenso in der Natur der Sache, daß ein Streit nur dann entstehe, wenigstens regelmäßig, wenn eben diese angeführten Fakta von der einen oder andern Partei mit Widerspruch belegt werden. In den seltenen Fällen, wo es bloß auf Entscheidung einer Rechtsfrage ankommt, wo alle factischen Behauptungen unbestritten sind, wo die Parteien aus dem Gewirre der faktischen Verhältnisse dadurch zu bindender Entscheidung zu kommen suchen, daß sie den Richter um Lösung des Knotens angehen, der ihnen selbst unlösbar erscheint, in diesen seltenen Fällen des gerichtlichen Prozesses allein bedarf es keines Beweisverfahrens. Wo aber die eine oder die andern der faktischen Behauptungen bestritten ist, da tritt ein eigenes Verfahren ein, um dem Richter zur Begründung einer juristischen Ueberzeugung zu verhelfen. Der Zweck des Beweisverfahrens ist sonach: Herstellung juristischer Ueberzeugung für den Richter über die bestrittenen, relevanten, faktischen Behauptungen. Aus diesem Zwecke ergibt sich aber auch sofort dessen Umfang: Da beginnt das Beweisverfahren, wo dem Richter bestrittene, relevante, faktische Behauptungen vorliegen und wo nun versucht wird, sie zur juristischen Ueberzeugung zu erheben, da endet es, wo rechtsförmlich der

Richter die Annahme macht, daß er zu dieser Ueberzeugung über dieselben gelangt sei.

§. 2 Sonderung des Beweisverfahrens von dem sogenannten ersten Verfahren oder der Periode der Behauptungen.

Für die Stellung des Beweisverfahrens lassen sich zwei Fälle denken. Es kann nämlich, und so ist es im Römischen und Canonischen Prozesse gewesen, mit jeder einzelnen Behauptung der dazu gehörige Beweis erbracht werden, so daß eine Sonderung in eine Periode der Behauptungen und eine der Beweisführung nicht Statt findet, vielmehr Behauptungen und Beweise Einem und demselben Prozeßstadium angehören. Es läßt sich aber auch die Anordnung denken, welche im heutigen Prozesse die Regel geworden ist, daß nämlich alle Behauptungen und alle Beweise gesondert von einander zu halten sind. Wie diese Einrichtung sich zur regelmäßigen entwickelt hat, das muß in der geschichtlichen Darstellung gezeigt werden und die Frage, ob es gut sei, daß diese Entwicklung Statt gefunden, wird sich an der Hand der Geschichte zu Gunsten des heutigen Processes beantworten lassen. Hier ist aber vorläufig nur hervorzuheben, daß in dem heutigen Prozesse eine Sonderung der Periode der Behauptungen und des Beweisverfahrens bestehe.

§. 3. Vom Beweisurtheile als Anfangspunkt des Beweisverfahrens.

Wenn man nun auch eine solche Sonderung als bestehend annimmt, so bleibt noch immer eine doppelte Einrichtung möglich. Man könnte nämlich 1) zwar die Behauptungen alle in Einem Stadium ungetrennt vorbringen lassen, aber nichts desto weniger es den Parteien überlassen, welche Behauptungen sie beweisen wollen, auch darüber sich hinwegsetzen, wer die Beweisführung übernehmen wolle, endlich auch bezüglich der Zeit der Beweisführung den Parteien keine Beschränkung auflegen. Es ist aber auch 2) möglich, daß eine bestimmte Erklä-

rung des Richters darüber erfolge, worüber Beweis geführt werden soll, wem die Beweisführung obliege und in welcher Frist sie zu geschehen habe. Im heutigen gemeindeutschen Processe hat sich die zweite Anordnung des Verfahrens Geltung verschafft, und die Erklärung des Richters, wodurch er sowohl ausspricht, daß ein Beweisverfahren eingeleitet werden soll, als auch Satz, Last und Frist des Beweises regelt, findet nur regelmäßig in einem Beweisurtheile Statt. Es versteht sich von selbst, daß dieses Beweisurtheil dann erst eintreten könne, wenn die faktischen Behauptungen erbracht worden sind, daß Ein Beweisurtheil nur in dem Fall genüge, wenn es eben zugleich über alle Behauptungen sich erstrecken kann, und daß zu diesem Behufe alle Behauptungen in Einem Prozeßstadium vorausgegangen sein müssen und regelmäßig eine Nachschleppung derselben nicht Statt habe. So ergibt sich für das Beweisurtheil ein doppelter Inhalt und man möchte sagen eine doppelte Stellung. Es urtheilt einerseits über Werth und Wichtigkeit der Behauptungen und schließt die Periode des ersten Verfahrens ab; es normirt andrerseits das Beweisverfahren und bildet so den Anfangspunkt einer zweiten Prozeßperiode.

§. 4. Vom Endpunkte des Beweisverfahrens.

Der Anfangspunkt des Beweisverfahrens ist bezeichnet worden. Minder scharf begrenzt ist aber dessen Ausgangspunkt. Freilich ließe sich denken, daß auch im Civilprozesse, ähnlich wie im öffentlichen Strafverfahren ein Resumé am Ende des Beweisverfahrens über dessen Ergebnisse gegeben würde, aber unser gemeindeutscher Civilprozeß kennt kein gesetzliches Gebot über das Zusammenfassen der Resultate des Beweisverfahrens. Den Parteien steht es frei, in Deduktionen sich über dieselben reflektirend auszusprechen, aber sie können auch, ohne dieß zu thun, sofort zum Spruche submittiren und der Endpunkt des Beweisverfahrens muß sodann da gesucht werden, wo

entweder auf Submiſſion der Parteien oder ohne dieſe auf richterliche Verfügung die Verhandlung für geſchloſſen erklärt und wie man techniſch ſich ausdrückt, die Akten zum Spruche ausgeſetzt werden.

§. 5. Innere Begrenzung der Perioden der Behauptungen und des Beweisverfahrens.

Man kommt jedoch vor weiterem Fortſchreiten der Betrachtung zu der Erwägung, wie ferne es der Willkühr der Parteien und des Richters anheimgeſtellt oder entrückt ſei, dieſe beiden Perioden fortdauern zu laſſen oder zu ſchließen. Durch die Statuirung einer nach Parteibeſtrebungen oder richterlicher Willkühr dehnbaren Anordnung der Hauptſtadien des Prozeſſes würde das ganze Verfahren ſchwankend und ungewiß werden müſſen. Es haben ſich aber und es iſt ein Glück, daß es ſo iſt, feſte Normen gebildet, welche jede Willkühr und Unſicherheit ausſchließen, und deren nähere Entwicklung zum Theile in geſchichtlicher Darſtellung weiter unten gezeigt werden wird. Dieſe feſten Normen äußern ſich in der Periode der Behauptungen der Art, daß Kläger und Beklagter regelmäßig je zweimal gehört werden (Maxime des Wechſels der vier Schriften); die Periode der Beweisführung aber hat durch das Eventualprinzip ihre innere Abgrenzung erhalten. Dieſem Prinzipe entſprechend iſt es gekommen, daß im Beweisurtheile den Parteien die Zeit bezeichnet wird, in welcher ſie die Beweismittel zu bezeichnen haben; ſpäter wird ſodann wiederum in Conſequenz dieſes Prinzips eine Zeit geſetzt, in welcher die Vorführung dieſer Beweismittel, ſowie allenfallſiger Gegenbeweismittel zu geſchehen hat und endlich wird ihnen auch für reflektirende Aeußerung über die Ergebniſſe des Beweisverfahrens eine weitere beſtimmte Friſt gegönnt. Mit Ablauf dieſer durch Geſetz und Gerichtsgebrauch geſteckten und der richterlichen wie der Parteienwillkühr entrückten Friſten endigt aber die Möglichkeit der Vor-

nahme der Handlungen, die in denselben zu geschehen haben.

§. 6. Innere und äußere Gründe der Stellung des Beweisverfahrens.

Wir haben nun die Stellung des Beweisverfahrens gezeichnet. Es scheint nunmehr geboten zu untersuchen, wie sich dieselbe in ihrem Zusammenhange mit den übrigen Prozeßtheilen rechtfertige, obwohl gerade hier erst die geschichtliche Darstellung des Verlaufes der Entwicklung klare Einsicht zu gewähren vermag.

Wenn man den Gründen einer Einrichtung nachforscht, so kann dies entweder in der Weise geschehen, daß man diese Einrichtung als ein organisches Ganze betrachtet, wo von gewissen Grundformen und Principien ausgehend Alles harmonisch sich festgesetzt und gegliedert hat, wo kein Theil wegfallen oder geändert werden dürfte, ohne daß das Ganze Noth litte. Es wird dann durch diese Auffassung der innere Zusammenhang aller Theile nachgewiesen. Oder man kann auch äußere, zwingende Verhältnisse aufsuchen, die in politischen, religiösen und sittlichen Anschauungen, in herrschenden Ansichten und philosophischen Meinungen ruhen können, die sich theils in Form eines Befehls oder einer Disposition, theils als Herkommen oder Sitte Geltung verschafft haben, ohne daß ein nothwendiger innerer Zusammenhang mit dem Wesen der Einrichtung bestände. Es sind dies dann die äußeren Gründe der Einrichtung. Daß wir aber die Begründung des Beweisvf. zumeist in innerer und nur zum geringen Theile in äußeren Momenten zu suchen haben, wird schon aus der Erwägung einleuchten, daß eben der Prozeß überhaupt ein organisches Ganze und nicht ein Aggregat zusammengewürfelter Bestandtheile ist, daß Grundformen und Grundgedanken in ihm vorherrschen und ihn beherrschen, daß der gemeine deutsche Prozeß sich nicht durch positive Anordnungen gebildet und gegliedert hat, sondern hauptsächlich ein Produkt der von der Theorie gelei-

teten Praxis ist. Hier mögen diese Andeutungen genügen; Nähere gehört der weiteren geschichtlichen Entwicklung an.

§. 7. Ausführung der innern und äußern Bestimmungsgründe im Einzelnen.

a) Der Grundsatz der Schriftlichkeit.

Seiner Wichtigkeit wegen gebührt diesem Grundsatze hier der erste Platz.

Unser Beweisvf. zeichnet sich aus durch eine bestimmte, feste und unwandelbare Stellung. Mit großer Schärfe und Bestimmtheit ist es von allen übrigen Prozeßtheilen geschieden, die Thätigkeit, welche die Parteien hier entfalten, ist eine in keinem Stadium des Prozesses gleichartig vorkommende. Allein diese Stetigkeit, diese scharfe Begrenzung, die wir gezeigt haben, wäre nicht möglich, ja undenkbar, wenn das Mittel der Schrift nicht wäre. Die Schrift, die die flüchtige Rede fesselt und festhält, um sie beliebig reproduciren zu können, sie ermöglicht das Festhalten der Behauptungen in der Art, daß man ohne Scheu zuerst eine Summe von Behauptungen aufstellen lassen darf, ohne sich juristische Ueberzeugung zugleich darüber zu verschaffen und erst in einer spätern Zeit, nachdem man diese Behauptungen gesammelt und gesichtet hat, an die Herstellung der juristischen Ueberzeugung über dieselben geht. Das Prinzip der Schriftlichkeit des Prozesses ist es also, das unserem Beweisvf. seine feste und gesonderte Stellung angewiesen hat. Andrerseits ist es klar und liegt in der Natur der mündlichen Verhandlung, daß präclusive Fristen in derselben für Vorbringung von Behauptungen nicht gegeben werden können. Hier muß es gestattet sein, bis zum Schlusse der Verhandlung wenigstens, daß die Parteien Behauptungen und Beweise derselben untermengt vortragen.

§. 8. Fortsetzung.

b) Das Eventualprinzip.

Während im Römischen und Canonischen Prozesse

auf die Klagebehauptungen der Beweis derselben folgt, sodann erst der Vortrag der Einreden und der Beweis derselben Statt hat, findet im heutigen Prozesse Sonderung von Behauptung und Beweisführung Statt und hiezu hat vorzüglich das Eventualprinzip mitgewirkt. Daß dieses Prinzip den ganzen Prozeß durchdringe, daß es organisch mit ihm verwachsen sei, ist von Albrecht in seiner Schrift über dasselbe überzeugend dargethan. Hier ist nur der Einfluß anzudeuten, den es auf die Stellung des Beweisvf. insbesondere äußert. Albrecht bezeichnet das Wesen des Eventualprinzips S. 56 und 57 darin, „daß auf jeder einzelnen Stufe des Fürschreitens die sämmtlichen concurrirenden Handlungen beider Theile cumulirt werden müssen." Hieraus ergibt sich als Folge für die Periode der Behauptungen, daß die Ausmittlung des Gesammtstreitpunktes cumulirt werde. In der Periode der Beweisführung ist es erst mittels des Eventualprinzips und durch die auf dasselbe gegründete Zerfällung des Beweisvf. selbst in drei Unterstadien des Beweisantrittes, der Beweiserhebung und der Deduktionen möglich geworden, daß eine reine und ungemischte Zusammenstellung aller zum Beweisvf. gehörigen Handlungen erfolge. So erscheint die Stellung des Beweisvf. als gesonderter Prozeßtheil erst durch das Eventualprinzip als ermöglicht.

Wie das Eventualprinzip innerhalb des Beweisvf. seine Anwendung auf Beweis und Gegenbeweis, so wie auf die Erhebung der Beweise finde, das gehört nicht hieher und ist in der genannten Schrift vortrefflich im Einzelnen nachgewiesen worden.

§. 9. Fortsetzung.

c) Gliederung des Prozesses.

Von Plank — Beweisurtheil S. 228—30 — wird gelehrt, daß es Eigenthümlichkeit des altdeutschen Prozesses sei, sich in abgeschlossenen Stufen zu bewegen und daß der Grund hiefür darin liege, daß es dem altdeut-

schen Volksgerichte bei dem Mangel aller Schriftlichkeit daran liegen mußte, in Einer Tagesfahrt einen bestimmten Abschluß zu erzielen; daß ferner dem Richter, welcher eine mehr passive Rolle spielte es darum zu thun sein mußte, eine gesetzliche Reihenfolge der Parteihandlungen zu haben. Er sagt ferner eben da, daß das Eventualprinzip nur eine Folge dieser stufenweisen Abgliederung des Prozesses sei.

So richtig diese Behauptungen sein mögen, so muß doch hier bemerkt werden, daß wenn man den Bildungs- und Entwicklungsgang des gemeinen deutschen Prozesses verfolgt, man *für die Entstehung* der Abgliederung des Prozesses in bestimmte Stufen ebensowohl, als des Eventualprinzips im kanonischen Rechte und dem darauf basirenden deutschen Reichsgerichtsprozesse wichtigere Anhaltspunkte finde, als in den Elementen altdeutschen Ursprungs, welche die deutschen Partikulargesetzgebungen, insbesondere das sächsische Recht zu dem Bau des heutigen gemeinen d. Proz. geliefert haben. Die geschichtliche Entwicklung unseres Gegenstandes in jener Periode wird den Beweis hiefür liefern.

Für den heutigen Prozeß ist aber als endliche Entwicklung zu bemerken, daß jene Abgliederung in ihm herrsche, daß alle Handlungen in bestimmten Fristen und Tagsfahrten vorgenommen werden müssen. Nun könnte aber der Einwurf gemacht werden, daß gerade die Beweisfrist nicht durch Gesetze normirt sei, also gerade für die Erbringung der Beweise jene Abgliederung und Abstufung des Prozesses in Termine und Fristen nicht Statt finde. Allein wenn auch hier nicht in eine Erörterung der bestrittenen Frage eingegangen wird, ob eine gesetzliche oder richterliche Beweisfrist im h. g. d. P. bestehe, so ist doch soviel unumstößlich, daß das, was sich *in allen deutschen Partikulargesetzgebungen* finde, als dem Geiste des h. g. d. P. angemessen erachtet werden müsse. Wie man für das deutsche Privatrecht die Be-

hauptung aufgestellt hat, daß es gleichsam der geistige Extract aller deutschen Partikularrechte sei, so muß auch das, was sich in allen deutschen Partikularprozeßgesetzgebungen findet, als Princip des h. g. d. P. angenommen werden. Nun findet sich aber keine deutsche Partikulargesetzgebung, in der nicht eine gesetzliche Beweisfrist bestände (Gensler Com. I, 309), und deßhalb muß angenommen werden, daß trotz des Mangels positiver gesetzlicher Bestimmungen im h. g. d. P. der Theorie gemäß der Richter da, wo g. d. P. gilt, eine Beweisfrist im Beweisurtheile festsetzen müsse.

Daß aber, um zur Sache zurückzukehren, die Gliederung des Prozesses ein wichtiges inneres Moment für die Stellung des Beweisverfahrens sei, bedarf keiner weiteren Erörterung.

§. 10. Fortsetzung.

d) Aeußere Gründe.

Was die äußeren Gründe betrifft, welche im heutigen g. d. P. die Stellung des Beweisverfahrens bestimmen, so ist für diese letzte Entwicklungsperiode eben nur das völlige Ermangeln derselben zu konstatiren. Der h. g. d. P. erfreut sich nicht der lebendigen Quelle der Gesetzgebung, aus welcher zwingende positive Anordnungen fließen könnten. Seit dem Erlöschen der Reichsgerichte bildet er sich nur durch Praxis und Wissenschaft fort, und da seine Fortbildung eine innere ist, so können auch die wirkenden Momente lediglich innere sein.

§. 11. Ausnahmsweise Stellung des Beweisverfahrens.

a) Das anticipirte Beweisverfahren.

Seitdem im g. d. P. die Stellung des Beweisverfahrens durch ein Beweisurtheil bestimmt wird, kann man im Hinblicke auf die regelmäßige Stellung desselben von der Beweisanticipation sprechen, denn anticipiren heißt: etwas früher erledigen, was später am Platze wäre. v. Gönner

Hdb. II, 40 bemerkt: „Vom anticipirten Beweis kann ich nur da reden, wo der auferlegte Beweis die Regel ausmacht." Allein dieser anticipirte Beweis ist nur ein erlaubter Versuch; es steht den Parteien zwar frei, ihre Beweise mit den Behauptungen zu verbinden, allein der Richter kann doch die regelmäßige Einleitung des Beweisstadiums durch Beweisurtheil vor sich gehen lassen und die Gegenpartei ist blos bei „Urkunden" zur Erklärung verpflichtet. Es ist also möglich, daß auf diese Weise die Periode des Beweisverfahrens gleichzeitig mit der des ersten Verfahrens verlaufe. Das Nähere über anticipirte Beweisführung Mittermaier Archiv f. C.Praxis I, und Planck Beweisurtheil §. 38, wo auch ausgeführt ist, wie im Falle Mißlingens des anticipirten Beweises das regelmäßige Erkennen auf Beweiswieder eintritt.

§. 12. Fortsetzung.

b) Beweisführung vor der Streitseinlassung.

Wenn der Beklagte exc. fori declinatoriae vorschützt, so kann hier vor dem eigentlichen Prozesse eine Beweisführung über diese Einwendungen vorkommen, jedoch findet nicht leicht ein eigenes Beweisverfahren in diesem Falle statt, denn die Parteien werden nichts anzuführen haben, als was der Richter sofort durch seine Einsicht, ohne vorgängige Beweisverhandlung, wobei beide Parteien thätig sind, entscheiden könnte. Sollte jedoch z. B. darüber ein Beweisverfahren nothwendig werden, daß ein Richter perhorrescirt wird, sollten hierüber vollständige Beweisverhandlungen unter den Parteien gepflogen werden müssen, in solchen, gewiß seltenen Fällen läßt sich freilich eine gesonderte Beweisführung über fori decl. denken, die sich in einem Vorprozesse vor dem Streite über die Hauptsache abwickelt.

Was aber die exc. litis ingressum impedientes peremtorischer Natur betrifft, so läßt sich nach dem, was in dieser Beziehung eine entschiedene Praxis festgestellt hat

(Goldschmid, Abhandl. S. 18 Note 2), kein gesondertes Beweisverfahren im h. g. d. P. mehr für sie behaupten. Denn sind dieselben sofort liquid, so ist der Zweck des Beweisverfahrens schon erreicht; sind sie nicht liquid, so werden sie eben in das ordentliche Beweisverfahren verwiesen.

In den summarischen Prozessen finden freilich bedeutende Abweichungen bezüglich der Stellung des Beweisverfahrens statt. Allein diese Abweichungen sind lediglich durch die eigenthümlichen Zwecke der möglichsten Beschleunigung hervorgerufen sowie darauf gegründet, daß eben gerade, wo ein Beweisverfahren umgangen werden will und kann, diese Prozeßarten statthaben. Das für den bedingten Mandatsprozeß gebräuchliche Rechtssprichwort: mandatum excipiendo (in weitester Bedeutung: negando vel excipiendo) resolvitur in vim citationis (v. Bayer Summ. Proc. S. 51 Note 10) zeigt hier, worauf es anzukommen pflege. Sobald nämlich die Liquidität der Behauptungen nicht vorhanden ist, wird eben in das ordentliche Verfahren eingelenkt.

Das Nähere über die einzelnen Abweichungen des Beweisverfahrens in den summ. Proz. gehört aus dem Grunde nicht hieher, weil hier nur der ordentliche Prozeß besprochen werden soll.

Kapitel II.

Die Stellung des Beweisverfahrens im älteren Römischen Recht.

§. 13. Einleitende Bemerkung.

Während die Entwicklung unsers Gegenstandes im h. g. d. P. die Resultate in Kürze zu bezeichnen vermochte, bedarf es für die abgewichenen Perioden einer breiteren Grundlage, um klar und verständlich zu sein. Hieraus möge sich die Ungleichheit der Behandlung rechtfertigen und deshalb mit Nachsicht die etwas weiter angelegte Ausführung der Verhältnisse beurtheilt werden, auf wel-

chen die Beantwortung der gestellten Frage beruht. Bei der Darstellung längst verflossener Zustände bedarf es nicht bloß der Hinwegräumung mancher Hindernisse, um das Dunkel zu erhellen, das hier und da den zu entwickelnden Gegenstand umgibt; es müssen auch die Umrisse anderer Verhältnisse, die eigentlich gar nicht hieher gehören, zu dem Zweck ins Gedächtniß gerufen werden, damit man die Richtigkeit der aufgestellten Folgesätze und Behauptungen an der Richtigkeit der zu ihnen führenden Prämissen prüfen und beurtheilen könne.

Wir wenden uns nun der Aufgabe entsprechend zum älteren Römischen Recht. Es soll hier die Rede sein:

1) Von den Verhandlungen vor dem Prätor;

2) Von den auf das Beweisverfahren in judicio und dessen Stellung wirkenden Momenten;

3) Von der Stellung des Beweisverfahrens in judicio und wird

4) ein übersichtliches Schema der Behauptungen und Beweisführungen in judicio gegeben werden.

§. 14. Verhandlungen vor dem Prätor.

Die vollziehende Gewalt bei den Römern war in den ältesten Zeiten den Königen, später den Prätoren anvertraut. Unter der Leitung derselben übten das Richteramt bald Richtercollegien X. C. viri, recuperatores, bald arbitri und selecti judices. In diesen Zeiten mag das collegium der pontifices, wie das die Entwicklungsgeschichte so vieler Völker darthut, nicht unbedeutenden Einfluß auf die Rechtspflege geübt haben (Bachofen de Rom. jud. p. 6.) Der älteste Prozeß bestand in den legis actiones und bewegte sich in symbolischen Handlungen und vorgeschriebenen Wortformeln. Die Einzelnheiten des Verfahrens schweben in dem Dunkel, das alle Anfänge der Geschichte umgibt.

Durch Gai IV. 30 wissen wir, daß jene legis actiones verhaßt worden waren und abgeschafft wurden, daß dann

der Prozeß per concepta verba oder per formulas geführt wurde (lex aebutia et duae juliae). Während die einleitenden Personen dieselben bleiben, ist jetzt die Form der Einleitung eine andere geworden. Es bedarf nunmehr vor dem praetor nicht mehr jener symbolischen Handlungen und Worte, um die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens hervorzurufen. Freilich mögen die Parteien und der magistratus sich möglichst an die alten Formen angeschlossen haben, aber das Wesen der Einleitung lag doch nicht in den Formen, wie bei den legis actiones, sondern in freier Darlegung des Klagegrundes und der Vertheidigungsgründe. Fragt man aber nach der Ursache, warum ein magistratus bloß die Einleitung des Prozesses besorgte, die Erledigung desselben aber einer andern richterlichen Person zufiel, so ist die kürzeste Antwort die Bemerkung Cicero's pro Cluentio c. 43: Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.

Was die Verhandlung vor dem Prätor betrifft, so kam es auf den Gegenstand der Klage, sowie auf die Vertheidigung an, ob er sofort erledigt, an den judex verwiesen, oder zu weiterer Cognition des Prätor vorbehalten wurde. Ersteres trat ein, wenn die Vertheidigung so klare Gründe lieferte, daß der Prätor den Kläger abweisen konnte — actionem denegabat — oder das Recht des Klägers so klar zu Tage lag, daß sofort geurtheilt werden konnte. Es ist das die Befugniß zu dem Verfahren extra ordinem durch Cognition und Decret des Prätors, die im imperium desselben liegt.

War die von den Parteien vorgetragene Sache durch die schwierige Auffassung oder die verwickelte Lage des Klagegrundes und der Vertheidigungsgründe, welche genaueren Eingehens bedurften, zu sofortiger Entscheidung ungeeignet, so wurde sie durch die Formula behufs der Cognition und des Urtheils an einen hiezu bestellten

judex verwiesen. Die streitigen Punkte wurden schriftlich zusammengestellt und hiezu der Befehl an den judex zur Entscheidung gefügt (conceptio f.)

In einer Reihe von Fällen, die sich durch ihre eigenthümliche Natur besonders für die Beurtheilung eines mit dem imperium versehenen Magistrats eignen, waren dies cognitionum — Gerichtstage angeordnet, in denen der Prätor sich mit genauerer Untersuchung selbst beschäftigte und selbst entschied. Eine Aufzählung der Fälle bei Hefftter System des Civilproc. S. 377—382. Ebenso mögen an diesen dies cognitionum jene Fälle behandelt worden sein, deren bloße Instruction schon längern Aufenthalt erforderte. Bethmann-Hollweg Handb. d. Civilproc. I. S. 17 Note 44.

Hieraus folgt nun:

1) daß vor dem Prätor eine Darlegung von Klage- und Vertheidigungsgründen statthatte, aber in Kürze. Diese Auseinandersetzung sollte demselben klar machen, welche der drei erwähnten Thätigkeiten eintreten könne. Schon der Geschäftsandrang würde ihn verhindert haben, lange Vorträge zu gestatten. Bethmann-Hollweg l. c.

2) Das Verfahren in judicio wurde durch die Liquidität der Behauptungen in jure überflüssig. Nun aber mußte den Parteien besonders daran gelegen sein, gewisse Behauptungen — es sind außer den gerichtsablehnenden und den Legitimationspunkt betreffenden die in späterer Entwicklung litis ingressum impedientes genannten — schon in jure liquid zu machen. Diesen wandte nun der Prätor mehr Aufmerksamkeit zu, soviel eben mit der Beschleunigung, die der Thätigkeit dieser Magistratur inwohnen mußte, verträglich war.

Cic. orat. part. c. 28 nro. 99. Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi, qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit... quaeritur: res finita.

Cic. pro Flacco 21. M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit: re judicata stare ostendit placere: res judicata

Ulp. ad edictum l. 2 D. II, 11. Non exigimus reum judicio sisti, se negotium propter quod judicio sisti promisit, fuerit transactum: res transacta.

Wie aber, wenn die so eben bezeichneten Behauptungen nicht sofort liquid zu machen waren, hielt sich der Prätor durch Gestattung eines Beweisverfahrens darüber auf? Schwerlich; er mag entweder bei fori-declinatorischen Einwendungen einen andern judex bestimmt haben, oder bei andern Präjudicialpunkten half er durch die praescriptiones, wovon bei dem Verfahren in judicio das Nähere. Zu vergleichen Bretus c. XXIV. Sintenis Erläuterungen I, S. 94.

Als Resultat aus den bisherigen Erörterungen läßt sich nun angeben: Ein mit Zeitverlust verknüpftes Verfahren, um Beweis zu gewinnen, kann vor dem Prätor nicht stattfinden.

§. 15. Momente, welche sich einflußreich auf die Stellung des Beweisverfahrens erweisen.

Soviel ist nunmehr klar geworden, daß das Beweisverfahren vor den judex gehöre. Bevor wir aber dessen Stellung in den Verhandlungen in judicio ermitteln, wollen wir die leitenden Momente zusammenstellen:

a) Dem judex wird ein Rahmen vorgelegt, in den er die in der formula enthaltenen factischen Behauptungen einpassen soll; nur die Punkte hat er in Erwägung zu ziehen, welche in der formula vorgezeichnet sind. Allein nicht genug, daß er materiell an die Formel gebunden ist; es wird sich zeigen, daß die äußere Anordnung derselben in Beziehung zu dem Gange des Verfahrens stehe.

b) Jedoch enthält die Formel nicht Vorschriften über das Verfahren; es ist vielmehr in das freie Er-

messen des judex gestellt, wie er den Prozeß leiten will, oder mit andern Worten: positive Bestimmungen über das Beweisverfahren sind nicht vorhanden.

c) Den Parteien vielmehr ist es gestattet, Alles aufzubieten und herbeizubringen, was des Richters juristische Ueberzeugung begründen kann, Vorträge der Advokaten, interrogationes der Parteien und Zeugen zu benützen. Diese letztern sind nicht zu verwechseln mit den interrogationes in jure, welche gar nicht dem Beweisverfahren angehören; sie sind vielmehr das jetzt sogenannte Kreuzverhör, von dem Brissonius de formulis lib. V. S. 531 eine anziehende Schilderung macht. Auch der directe Gegenbeweis findet oft durch das Kreuzverhör seine Erledigung. Schol. Babiens. in orat. Cic. de aere alieno Milon. p. 342 (Orelli): Proprie namque interrogatio dicebatur, qua testes redarguebantur.

d) Die Parteien wissen aber auch genau, was der judex gemäß der formula in Verhandlung ziehen müsse. Sie können deßhalb mit den geeigneten Mitteln ausgerüstet vor ihm erscheinen, um sich den Sieg zu verschaffen. Mit der Herbeibringung dieser Mittel werden sie aber in ihrem eigenen Interesse nicht sparsam sein, da sie nicht wissen können, wie viel derselben zur Herstellung der Ueberzeugung des Richters, die an keine Beweistheorie gebunden ist, erforderlich sind, und wie viel sie bedürfen, um die Beweise des Gegners zu entkräften.

e) Dennoch finden sich schon im R. R. Bestimmungen, welche zu Leitsternen sowohl für die Lehre von der Beweislast, als die Stellung des Beweisverfahrens geworden sind.

Schon dieser Periode gehören die Regeln an: Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat Paulus ad edictum, fr. 2 D. XXII, 3; quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit, Martianus in fr. 21 D. XXII, 3 in Verbindung mit: Reus in exceptione actor est. Ulpianus ad ed. fr. 1 D. de exc., vergl. Bethmann-Hollweg

Versuche S. 321. Wir werden nämlich finden, daß diesen Regeln entsprechend zunächst vom Kläger der Klagegrund, sodann vom Beklagten der Grund der Einreden und so in zweiter Linie dem entsprechend Repliken und Dupliken bewiesen werden, obgleich übriges hiedurch keineswegs das Beweisverfahren zu einem gesonderten Prozeßtheile wird.

f) Als weiterer Bestimmungsgrund für die Stellung des Beweisverfahrens ist etwas hervorzuheben, was schon bei den Verhandlungen in jure angedeutet werden mußte — die präjudicielle processualische Natur gewisser Einreden. Zimmern R.R.G. III. §. 97 a. E. hat schon bemerkt, daß die praescriptiones pro reo sich mit unsern prozeßhindernden Einreden vergleichen lassen.

Die Sache verhält sich so:

In der ältern Zeit wird durch den Platz in der formula angedeutet, wo der Richter Behauptungen zur Beweisführung kommen lassen soll, welche im Präjudicialververhältnisse zum übrigen Streite stehen, — praescriptiones, so die causa major im Verhältniß zur minor, so ferner die Einreden der Gerichtsablehnung, Verjährung und die später im Canon. R. als prozeßhindernd genannten exc. rei judicitae et transactae. Belege hiefür siehe Puchta Inst. II. §. 171 und Zimmern l. c. Diese praescriptiones pro reo hatten insofern auf die Stellung des Beweisverfahrens in judicio Einfluß, als sie vorerst zur Beweisung kamen. Denn ebenso gut wir für die Behandlung in jure oben klare Stellen dafür anzuführen hatten, daß diese Behauptungen zunächst Berücksichtigung fanden, muß für die Verhandlung in judicio behauptet werden, daß angemessen der Natur dieser praescr. zunächst über dieselben Beweisführung und Entscheidung stattfand. Freilich geht der Name: praescriptiones später in die allgemeine Bezeichnung: exceptiones auf, (v. Savigny System V, 164 Not. i,) allein dieses Verwischen und Aufgehen der praescr. in die exc. kann eben, weil die Behandlung derselben eine im We-

sen und in der Natur der Sache gegründete ist, für die prozessualische Stellung keine Veränderung bewirkt haben.

g) Bei der Verhandlung in judicio sind Vertagungen gestattet. Hiezu haben wir bei Cicero eine große Anzahl Belegstellen, wo ampliationes causae eintraten und dieselbe Sache in mehreren actiones behandelt wurde. Jedoch haben diese ampliationes und die dilationes, welche den Parteien gestattet wurden, keine Aehnlichkeit mit unserer richterlichen oder gesetzlichen Beweisfrist, sie sind vielmehr nothwendig gewordene Erstreckungen Eines Termines, der wegen zufälliger Hindernisse nicht sofort geendet werden konnte, weil z. B. Beweismittel herbeigeschafft werden mußten. Daher erklärt sich auch der Ausdruck: dilatio, von differre, verschieben. Sie sind nur Verschiebungen des Einen ursprünglichen Termines; vgl. l. 7, 10 D. de feriis II, 12 oratio divi. Marci; l. 36 pr. D. de judiciis V 1, Callistratus libro cognitionum; l. 45 pr. h. t. Papinianus und Koch diss. de initio term. probat. S. 6 und 7.

Zur Ertheilung solcher Dilationen sowohl als zur sonstigen Leitung des Verfahrens kommen Interlocutionen vor, von welchen Berufung in der früheren Zeit stattfindet, später aber der Verschleppung wegen nicht stattfindet, vgl. Planck, Beweisurtheil S. 125 126 und die Stellen dort, S. 104 Noten 3—5, S. 106 Note i.

h) Nicht außer Acht darf endlich der Umstand gelassen werden, daß die Verhandlung öffentlich und mündlich ist. Eine öffentliche und mündliche Verhandlung läßt von Seite der Parteien aber eine strenge Sonderung des Beweisverfahrens von dem Anbringen der Behauptungen nicht zu, denn die Parteien vermögen in ihren Vorträgen nicht, Behauptungen und Beweisführung zu sondern. Will der Richter eine solche Sonderung vornehmen lassen, so kann er sie doch nicht so weit erstrecken, daß er die Behauptungen von der Beweisführung ganz abschließe. Dazu war das Mittel der Schrift nothwendig. Durch schriftliches Verfahren kann, wie schon bemerkt, eine

Summe von Behauptungen niedergelegt und erst später in einem besonderen Abschnitte bewiesen werden. Höchstens vermag er, — und das muß er der leichteren Auffassung und des Behaltens im Gedächtnisse wegen thun — die einzelnen Behauptungen zu trennen und jeder einzelnen Behauptung sofort ihren Beweis auf dem Fuße folgen zu lassen. Diese Aufeinanderfolge von Behauptung und Beweis wiederholt sich dann so oft, als eben Behauptungen bestrittenen, relevanten, factischen Inhalts vorhanden sind.

§. 16. Stellung des Beweisverfahrens in judicio.

Für die Stellung des Beweisverfahrens in judicio ergeben sich nun folgende Resultate:

Das Verfahren in judicio begann, wie Gai IV, 15 berichtet, mit der causae collectio (bei Gallius XII. tab. conjectio), d. h. einer mündlichen Auseinandersetzung der ganzen Streitsache: Deinde cum ad judicem venerant, antequam aput eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in breve coactio. Dieser collectio folgten entweder Vorträge der Advocaten oder diejenige Thätigkeit der Parteien, welche bei uns das erste Verfahren und das Beweisverfahren umfaßt, als Eine zusammenhängende. Wenngleich positive Bestimmungen, sowie directe Nachrichten von voller Bestimmtheit uns abgehen, so können wir doch entsprechend den vorgetragenen Gründen insbesondere dem Gange der formula, einzelnen Bemerkungen der Quellen und mit Hinblick auf die wenig geänderte Praxis und Gesetzgebung der II. Periode, die wir besser kennen, folgende Stufenreihe von Beweisführungen annehmen:

Vor Allem trat Beweisführung über die Behauptungen präjudicieller Natur ein, die in älterer Zeit als praescriptiones pro reo in der Formel auftreten.

Mit weiterer Berücksichtigung des Ganges der formula

gelangt man nun zum Beweis des Klagegrundes, der in der intentio liegt und da in der formula die Exceptio als Bedingung angehängt ist! sodann zu der Anbringung und Beweisführung der exceptio.

Obgleich nun eine größere Freiheit in der Einführung der Beweismittel den Parteien dadurch gestattet zu sein scheint, daß das Alles in Einem Termin geschah, daß eine richterliche Vorbestimmung über die Beweisführung nicht stattfand, daß ferner die mündliche Verhandlung weniger solcher Ordnung der Beweisführung bedarf als die schriftliche: so liegt doch schon in der rechtlichen Abhängigkeit der Behauptungen von einander, — man denke an das eben erwähnte Präjudicialverhältniß mancher Behauptungen und an das Verhältniß der Abhängigkeit der Einrede vom Klagegrund — eine natürlich sich aufdrängende Ordnung, die das unabweisbare Rechtsgefühl stets beachtet haben wird und wodurch auch ohne eine gesetzliche Bestimmung der Beweis des Klagegrunds vor dem der Einrede erbracht wird. Dieses Verhältniß der Abhängigkeit erstreckt sich auch auf die Beweisführungen unter sich. Denn es versteht sich von selbst, daß der Versuch, die Erhebung gegnerischer Behauptungen zur juristischen Gewißheit durch directen Gegenbeweis zu hindern, abhänge von vorgängiger Thätigkeit des Hauptbeweisführers. Dieser natürlichen Folge der Beweisführungen konnte man trauen, so daß man positiver Bestimmungen entbehren konnte, um so mehr, als die beschriebenen Verhältnisse dieselben theils unmöglich machten, theils sie entbehrlich machen wollten. Berücksichtigt muß hier werden die bekannte Stelle aus Macrobius, Sat. II 12. welche unbestritten sich auf judicia privata bezieht. Der Richter verlangt hier nach Beendigung der zusammenhängenden Vorträge die mitgebrachten Beweismittel, — C. Titius, vir aetatis Lucilianae, in oratione, qua legem Fanniam suasit, . . describens homines prodigos in forum ad judicandum ebrios commeantes . . sic ait: Veniunt in comitium tristes, jubent dicere. Quorum

negotium est dicunt. Judex testes poscit. . . Ubi redit, ait se omnia audivisse, tabulas poscit etc.

Sind die Beweismittel nicht zur Stelle, so werden sie durch Interlocut herbeizuschaffen befohlen; ein Beispiel im Prozesse der Iullones und magistri fontani, Bethmann-Hollweg I. 265 Note 2.

Das bisher Betrachtete könnte nach seiner Zusammengehörigkeit und Abhängigkeit von einander die Beweisführung in erster Linie genannt werden. Wie verhält es sich aber, wenn Beweis über Repliken, Dupliken ꝛc. erbracht werden soll; wie steht es mit dem Beweise mehrerer gleichartigen Behauptungen, z. B. mehrerer Einreden? wie dann, wenn solche Behauptungen bewiesen werden wollten, die in der formula gar nicht vorkommen?

Auch hier kann man bezüglich der Beantwortung der ersten Frage auf die formula sowohl, welche die replicatio der exceptio folgen läßt, Gai IV. 126 si non postea convenerit, als auch auf die Abhängigkeit der Replik von der Exceptio hinweisen, um die Stellung des Beweises derselben zu begründen.

Was die zweite Frage betrifft, so versteht es sich bei einer Mehrheit gleichartiger Behauptungen von selbst, wenn man nur die angegebenen Grundsätze und das Nichtvorhandensein des Eventualprinzips berücksichtigt, daß analog den übrigen Behauptungen eben eine solche Behauptung um die andere zum Vortrage und hiernächst zur Beweisung kam.

Hinsichtlich der dritten Frage ist zu bemerken, daß der judex in der formula unberücksichtigt gebliebene Behauptungen — ausgenommen etwa bei bonae fidei actionibus das der bona fides Widersprechende — nicht zulassen konnte. Bald milderte aber das edictum perpetuum diese Strenge. Peremtorias exceptiones omissas in initio (hier hat Diocletian wohl schon die neuere Proceßeinleitung im Auge) antequam sententia feratur opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat l. 20. Cod. VII, 5.

Während hier von einer Beschränkung durch das Gebot einer vorgängigen restitutio in integrum nicht die Rede ist, spricht hievon Gai IV, 125 und Diocletian l. 19. C. IV. 19, von demselben Jahre wie l. 2. cit. Gaius bemerkt nämlich, daß für nicht in die Formel aufgenommene exc. per. Restitution gegeben werde, für exc. dil. sei dies streitig oder bedenklich (quaeritur), was wohl so viel sagen will, als es unterliege der causae cognitio im einzelnen Fall. Der Beweis solcher nachgeschleppten Behauptungen folgt natürlich ihnen ebenso auf dem Fuße, wie das bei den in der formula gegebenen der Fall ist.

§. 17. Schema der Behauptungen und Beweisführungen in judicio.

Zum Schlusse diene ein übersichtliches Schema über die in Eine verbundene Periode der Behauptungen und Beweisführungen in judicio:

I. Causae collectio. Zusammenhängende Vorträge.

II. Vortrag und Beweisung der gerichtsablehnenden, den Legitimationspunkt betreffenden und der übrigen präjudiciellen, in älterer Zeit als praescriptiones pro reo bezeichneten Einwendungen. Wenn mehrere gleichartige, eine nach der andern.

III. Vortrag und Beweisführung des Klagegrundes.

IV. Anführung und Beweisung der peremtorischen und dilatorischen, auf die Sache gehenden Einreden. Hiernächst ebenso der Repliken ꝛc.

V. Bei I. II. III. IV. folgt der dazu gehörige (directe) Gegenbeweis entweder dem treffenden Hauptbeweise nach, oder erledigt sich das Kreuzverhör zugleich mit demselben.

§. 18. Uebergang zum neuern Römischen Recht.

Es ist eine Eigenthümlichkeit im Rechtsleben wie im Völkerleben überhaupt, daß das, was die Praxis der vorhergehenden Periode als zweckmäßig dargestellt hat, in der folgenden zur bindenden Norm erhoben wird. Die Fälle, in welchen der Prätor die ganze Cognition

vornahm, vermehrten sich nach und nach, und so überwog denn die Anwendung des Verfahrens extra ordinem (in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formulae non observatur §. 47 D. III, 5. §. 9. J. IV, 15) in der Praxis des 3. Jahrhunderts post. Chr. die Fälle des judicium ordinarium. So harmonisch mit dem ganzen Staatsleben Roms einst die Scheidung in jus und judicium gewesen sein, so sehr sie allen Schutz gewährt haben mochte, den man zu erwarten berechtigt war, so hatten sich doch die Zeiten so verändert, daß die alten Formen lästig, ja unerträglich erschienen. Nur kräftige Einherrschaft konnte dieses Zeitalter lenken, und es erschien als Wohlthat, daß immer mehr und mehr die Leitung der Prozesse ganz und gar in die Hände von Staatsbeamten gelegt wurde. Es war ja dahin gekommen, daß das Richteramt gestohen und gefürchtet wurde von Seiten derer, die es üben sollten, daß andrerseits aber das Vertrauen der Parteien gewichen war und sie sich wohler befanden, wenn ihre Angelegenheiten von dem Kaiser und dessen Delegaten entschieden wurden. Daß die Parteien selbst dieses wünschten, bewiesen die häufigen Sollicitationen um Einleitung der Prozesse durch Rescripte. Es war nicht zu verwundern, daß die principes, dieses häufigen Angehens müde, endlich die alte Form der Prozeßeinleitung, die ohnedieß zur Ruine geworden war, ganz abschafften. Auch war durch das edictum D. Hadriani perpetuum, durch die folgenden Edicte, sowie durch die große Thätigkeit der Jurisprudenz das Geben von Rechtssätzen durch die formula in der That entbehrlich geworden. Man hatte bekannter Rechtssätze genug, auf die der judex verweisen konnte. So erscheinen denn die Bestimmungen der Kaiser Diocletian und Maximinian im tit. Cod. de ped. jud., worin die bisherigen judicia extraordinaria zur Regel erhoben werden, so wie der Söhne Constantins im tit. Cod. de form. et imp. act. subl. als zeitgemäß. Die judices pedanei haben als Substituten der praesides ebenfalls das unge-

theilte Verfahren zu leiten. Eine vortreffliche Schilderung des Untergangs des ordo judiciorum priv. gibt Bethmann-Hollweg I. S. 30 ff.; über die Einleitung durch Rescripte ebenda S. 399.

Wir gehen nun unverweilt zur Betrachtung des neuern, insbesondere Justinianischen Rechtes über.

Kapitel III.

Neueres Römisches Recht.

§. 19. Einleitung.

Diese Periode hat besondere Wichtigkeit dadurch, daß sie der Ausgangspunkt für die spätere Ausbildung geworden ist. Sie gewährt in den vollständigen Gesetzbüchern sicherere Quellen als die frühere und als die nächstfolgende Zeit der Rechtsentwicklung, wo viele klare Punkte wieder trübe und verwischt erscheinen. Wenn auch gerade für den Prozeß am wenigsten sich in den justinianischen Büchern findet, und verhältnißmäßig wieder am wenigsten für das Beweisverfahren, so wird es doch möglich sein, zu bestimmten Vorstellungen zu gelangen, wenn man:

1) Die Vergleichung mit dem Material der früheren Perioden nicht außer Acht läßt, wozu besonders die Erwägung drängt, daß nirgends historische Entwicklung mehr Platz gehabt habe, als in den Rechtsinstituten des Römischen Volkes, und daß die Römische Rechtsbildung keine jähen Sprünge kennt, sondern ruhig und stetig das Gegebene fortbildet.

2) Gerade aus der Sparsamkeit der Quellen dürfte sich der Schluß rechtfertigen lassen, daß die älteren Grundsätze in der Hauptsache ihre Geltung behalten haben.

Dennoch ergiebt sich, wenn man nur das Einzelne und Zerstreute zusammensucht, ein Gesammtbild, das nicht undeutlich genannt zu werden verdient.

Ein Mangel, der in der vorigen Periode schmerzlich empfunden wurde, nämlich die Schilderung eines concre-

ten Falles, in welchem das Verfahren in seiner Anwendung erschiene, und wodurch besseres Licht auf dasselbe fällt als durch die sorgfältigste theoretische Zusammenstellung, ist für diese Periode gedeckt durch die Briefe des Symmachus, abgedruckt und commentirt von Bethmann-Hollweg in seinem Handbuche. Statt einzelner Hinweisungen auf das letztgenannte Werk möge hier bemerkt werden, daß die außerordentlich gründlichen und geistvollen Forschungen, die hier niedergelegt sind, um so unbedenklicher der nachfolgenden Erörterung unterbreitet werden konnten, als die selbstständige Untersuchung der hier behandelten Frage in der vorausgegangenen, wie in der gegenwärtigen und den folgenden geschichtlichen Perioden keinerlei Abweichungen ergaben.

§. 20. Einfluß habende Momente auf die Stellung des Beweisverfahrens.

1) Hier ist vor Allem als leitender Gedanke zu bemerken, daß das Verfahren des neuern Römischen Rechts von dem des ältern in wesentlichen Punkten nicht abweiche.

2) Es knüpft sich vielmehr das neuere Verfahren an das in der extraordinaria cognitio der Magistrate übliche an, und hat die größte Aehnlichkeit mit diesem.

3) Wohl bestand früher eine Theilung des Prozesses unter zwei richterliche Gewalten, und der Punkt dieser Theilung in örtlicher Beziehung möchte man sagen, (jus = Ort, wo der Prätor zu Gericht saß), war die mehr oder minder feierliche litis contestatio. Nunmehr ist die l. c. der Zeit nach wichtig; sie ist das Verhandlungsmoment, wo entweder durch Ableugnung des Klagegrundes oder Vorschützung von Einreden der Prozeß herbeigeführt wird. Es wird anderen Orts gestattet sein, die in dieser Lehre schwankenden Ansichten zu besprechen. Allein diese Aenderung hat auf das Wesen des Verfahrens und die Stellung des Beweisverfahrens keinen Einfluß geübt, wie sich im Verfolge zeigen wird.

4) Auch ist durch die Aenderung der Vertheilung der richterlichen Gewalt keine Aenderung in den Grundsätzen über Proceßleitung eingetreten. Aus den Berichten des Stadtpräfekten Symmachus (384—386 n. Chr.) an die Kaiser erhellt deutlich, wie nach wie vor der alte Gang eingehalten wurde und wird des Näheren im folgenden Paragraph darauf zurückgekommen werden.

5) Wenn sich auch Anordnungen über Beweisfristen finden, so wollen diese keineswegs etwa ein gesondertes Beweisverfahren anordnen; es sind vielmehr die Fristen, die entweder auf Andringen einer Partei, oder nach Gutdünken des Richters den Streitstheilen bewilligt werden ad instrumenta colligenda, und die eben der Natur der Sache nach unumgänglich nöthig sind. Dies ist deutlich in den hieher gehörigen Stellen angegeben, z. B. l. 1. l. 2. C. Th. II. 7. de dil.; l. unic. C. Th. de dil. ex consensu XI, 33; l. 1, 2, 4 C. Just. de dil. III, 11. Im Justinianeischen Recht findet sich eine Bestimmung Nov. 90. c. 4. (Anth. At qui semel c. 19. C. IV. 19), wonach, wer testificata erfahren habe, weitere Erlaubniß zur Zeugenproduction nicht habe. Man hat hierin, wie sich versteht, nicht eine peremtorische Beweisfrist zu suchen, sondern die Rücksicht auf Machinationen der Gegenpartei, die im Canon. Recht offen ausgesprochen wurde.

6) Es wurde schon angedeutet, daß es so sehr in der Natur der Dinge begründet ist, daß man sich in gewissen Fällen zur Erklärung über Dasein und Inhalt eines Rechtsstreits, d. h. zur litis contest. nicht herbeizulassen braucht, daß zu keiner Zeit, und folglich ebensowenig in dieser Periode als in der vorigen prozeßhindernde Einreden gefehlt haben werden. Wir wollen nur erinnern, daß oben der Analogie des Ganges der formula gemäß behauptet wurde, daß die praescr. pro reo zunächst angebracht und bewiesen wurden.

So sehr es in der Natur der Sache liegt, daß fori-declinatorische und andere Einreden dilatorischer Art, die

Prozeßführung oder Prozeßform betreffen, vor allen andern angebracht und bewiesen werden (wenigstens dann, wenn wie im Römischen Prozeß das Eventualprinzip nicht da ist), ebensosehr ist es auch angemessen, daß wenn z. B. Einer aus dem judicium gerade gekommen war und mit dem Judicat in der Hand noch einmal über dasselbe Streitverhältniß litem contestiren sollte, daß dann diese Einrede der abgeurtheilten Sache prozeßhindernd wirkte.

Es fehlt übrigens auch nicht an einer positiven Bestimmung, welches dieses Verhältniß der prozessualischen Stellung anerkennt. Es ist die lex 23, §. 3. Dig. XII, 6. de cond. ind ..... potuit autem si quis ante l. c. transegerit volenti litem contestari opponere doli exceptionem. Es braucht also derjenige, der auf ein Transakt sich beruft, sich nicht auf die l. c. einzulassen. Da aber Transakt, Judikat und überhaupt res finita gleiche Natur haben, so zu sagen nur verschiedene Formen desselben Gedankens sind, so muß behauptet werden, daß der Ursprung der im Canon. Recht sogen. litis ingressum impedientes peremtorischer Natur im R. R. zu suchen sei, daß nur Name und bestimmten Hinweisung fehlen, in der That aber und ihrer Natur gemäß diese Einreden mit derselben prozessualischen Stellung versehen waren, wie später.

Wenn Goldschmid: Litiscontestation und Einreden, S. 24 behauptet, daß 1) diese Stelle historisch sei, 2) daß sie beweise, daß diese peremt. Einrede des Transakts ante l. c. vorgeschützt werden müsse, insofern eine Ausnahme über die Zeit der Vorschützung der Peremtorien bilde, so müssen beide Behauptungen zurückgewiesen werden; denn es ist kein Grund vorhanden, diese Stelle für historisch zu halten; es konnte auch von Goldschmid kein solcher beigebracht werden. Auch ist in dieser lex nicht gesagt, daß diese exc. ante l. c. vorgeschützt werden müßte, es heißt vielmehr ausdrücklich potuit, und es ist nicht zu bezweifeln, daß wenn diese Einrede in der Ordnung der übrigen Peremtorien vorgebracht wird, sie als solche ihren

Platz behaupten kann. Hiemit ist aber blos über das Allegiren, noch nicht über die sofortige Verhandlung dieser Einreden gesprochen. Allein, daß diese Verhandlung, wenn anders die exc. ante l. c. geltend gemacht wurde, sofort eintrat, beweist die Stelle dadurch, daß sie erklärt, daß l. c. überflüssig gemacht werden solle: volenti litem contestari. Es soll dem litem contestaturus entgegengetreten und l. c. durch Verhandlung und Erledigung dieser Einrede unmöglich gemacht werden, eine Wirkung, die das Vorschützen ohne sofortige Verhandlung nicht haben kann.

7) Die Parteien werden in Anbringung von Behauptungen und in der dazu gehörigen Beweisführung nicht beschränkt. Sie schaffen wie früher ihre Beweismittel ohne vorgängige Aufforderung des Richters zur Stelle; allein trotz dem ist doch die Zeitrichtung der größeren Einwirkung des Richters geneigter, der Selbstthätigkeit der Parteien mehr abhold geworden. Der Richter läßt die Zeugen nunmehr selbst vorführen; er befragt sie selbst, anders als im ältern Verfahren, wo das von den Parteien geschah. So in dem Zeugenverhör bei Symmachus X, 48. §. 5: ab unoquoque posco responsa. Auch das Kreuzverhör besteht noch; aber minder ausgedehnt. Während früher es vorzüglich den direkten Gegenbeweis mit dem respektiven Hauptbeweise in Verschlingung und Verkettung brachte, werden jetzt die Zeugenaussagen protocollirt, sodann aber dem Produkten zur Abgabe von Erinnerungen und zum Gegenbeweise mitgetheilt. Nov. 90 c. 4. Man sieht eben, daß man dem selbstthätigen Fragerecht der Parteien nicht geneigt war. Ein interessantes Beispiel und zugleich Beleg für die Abneigung ist durch die Vergleichung der l. 1. Cod. Th. II 18. de judiciis mit der daraus entnommenen l. 9. Cod. Justiniani III, 1. de judiciis geboten. In l. 9. ist gerade die Stelle ausgefallen, wo von dem Fragerecht der Parteien die Rede ist; interrogandi ac proponendi adjiciendique po-

tientia praebita; in der Stelle des Theodosianischen Coder ist nämlich zuerst von dem Fragerecht der Parteien, sodann von dem des Richters die Rede, während in der Stelle des Justinianeischen Coder das erstere ganz übergangen und nur das letzte berücksichtigt wird.

8) Die Verhandlung des ganzen Prozesses ist nach wie vor mündlich. Wenn auch der Kläger einen libellus conventionis übergab, so war dieser doch ganz allgemein abgefaßt, und Sintenis bemerkt richtig Erl. I. 104, daß diesen heutzutage die exc. nimis generalis treffen würde. Die weiteren Vorträge des Klägers und des Beklagten, sowie das Beweisverfahren sind mündlich.

§. 21. Stellung des Beweisverfahrens im Justinianeischen Recht.

Durch das bisher Angegebene, können wir nun die Stellung des Beweisverfahrens im Justinianeischen Rechte ermitteln.

Es hat sich bereits ergeben, daß Beweisführung ante et post litis contestationem eintreten könne. Dem gemäß soll zuerst betrachtet werden, wann ein Beweisverfahren ante l. c. eintrete.

I. Setzt man die Vergleichung mit der vorigen Periode fort, so zeigt sich, daß für die Zeit ante l. c. eine Verschmelzung eingetreten sei. Die Fälle, worin eine beschleunigte Beweisführung vor dem magistratus die denegatio actionis zur Folge hatte, und die Beweishandlungen über die praescr. pro reo vor dem judex fallen nun zusammen. Für diese aus dem ganzen Entwicklungsgange und aus der Natur der Sache sich ergebende Annahme haben wir auch Belege aus der Praxis jener Zeit.

Symmachus lib. X. ep. 39 .... in ipso limine quaestionis cum procuratio invalida diceretur ... objecta cassae praescriptionis amovimus. Dieser folgt eine zweite procuratoria praescr: Tunc defensis partis adversae negavit stare personam, cujus procurationem superioris gesta jndicii non tenerent ..... huic longius quam oportuit immorata conten-

tio est. Sed quia ..... haec quoque praescriptio conquievit. Dieser folgt eine dritte exc. procuratoria: die Vollmacht sei erloschen. Successit aliud, ut obitu Martianae, clarissimae feminae, mandatum diceretur extinctum. Auch über diese wird nach der Verhandlung derselben ein Urtheil gefällt ..... pronunciavimus non perisse mandatum. Jetzt erst folgt die Verhandlung der Hauptsache.

Gerade so, wie es sich hier bei den angegebenen, den Legitimationspunkt betreffenden Einreden zeigte, wurde es natürlich bei allen vor der Litiscontestation vorzubringenden Behauptungen gehalten, d. h. es wurde eine nach der andern, wenn auch ohne Absicht der Prozeßverschleppung, angeführt und sofort bewiesen und erledigt.

Erwähnung verdienen hier schließlich: l. 57. §. 1. D. III, 3. de procuratoribus et defensoribus: Si quis remiserit exceptionem procuratoriam non poterit ex poenitentia (Glosse post l. c.) eam opponere; ferner l. 40. §. 3. eodem, welche sagt, daß nach der l. c. eine Caution von dem Procurator nicht mehr gefordert werden könne. Wenn aus ersterer Stelle hervorgeht, daß das Anbringen solcher Einreden ante l. c. geschehen müsse, so zeigt die zweite, daß auch die Verhandlnng hierüber ante l. c. beendigt sein müsse, denn sobald eine Caution nicht mehr gefordert werden kann, muß die procuratio bereits als unanfechtbar dastehen.

II. Konnte nun die Herbeiführung eines Prozesses nicht gehindert werden und mußte der Beklagte sich über die Hauptsache erklären, so war im zweiten Stadium des Prozesses die Ordnuug der vielfach wiederholten Beweisführungen, die eintreten konnten, bedingt von der Art der Vertheidigung, dann aber von der rechtlichen Abhängigkeit der Behauptungen von einander, so wie endlich von der naturgemäßen Abhängigkeit des Gegenbeweises vom bezüglichen Hauptbeweise. Wählte der Beklagte den Weg der absoluten Verneinung, so hatte vorerst der Kläger den Klagegrund zu beweisen. l. 19. Cod. de exc. VIII, 36:

Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo exceptione te munitum asseveras; de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas; habita exceptionis contestatione tunc demum cum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrare convenit; l. 19. Cod. de probat. l. 9. Cod. de praescr. longi temp.; l. ult. Cod. ad. leg. Cornel de fals; l. 4 Cod de edendo. Die erste Stelle sagt zugleich, daß eine Beweisführung über die exc. allein dann möglich sei, wenn der Klagegrund zugestanden, der Einredegrund geläugnet werde. Auch aus dem Grunde muß übrigens der Klagegrund zuerst bewiesen werden, weil actore non probante reus absolvitur l. 2. Cod. de prob. und überflüssige Beweisführuug hiedurch abgeschnitten wird.

Ist der Klagegrund bewiesen, so können weitere Beweisführungen vorkommen über dilatorische Erceptionen, die die Hauptsache betreffen, es werden dieß hauptsächlich exceptiones plus petitionis sein, wie die Glosse ad. l. 19 Cod. de prob. hervor hebt, und über peremtorische Einreden.

Es ist der Natur der Dinge entsprechend, daß die peremtorischen Einreden schon bei der l. c. vorgeschützt werden und auch in dieser Periode wird es so gewesen sein; nur Argliſt oder von Advocaten angeregte Vorsicht mag Zurückhaltung derselben bewirkt haben. Indessen steht es im Justinianeischen Rechte vollkommen frei, ohne Restitutionsgesuch, wie das früher nöthig war, Peremtorien von der l. c. bis zum Beschlusse der Sache anzubringen. Es folgt dann die Beweisführung der Behauptung nach. c. 8. Cod. de exc. VIII, 36: praescriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet. Aus dieser Stelle, wie aus l. 9. Cod. VII, 33, wo es ebenfalls heißt in cujus initio contestationem haberi sufficit, könnte man zwar schließen, daß sie zu Anfange, d. h. in litis cont. hätten vorgeschützt werden müssen, allein es sprechen beide Stellen, die von

Diocl. und Max. sind, von dem die Regel bildenden contestari dieser Einreden zu Eingange, schließen aber keineswegs das Nachtragen aus. c. 2. C. VII, 50: peremtorias exceptiones omissas in initio (da contestari die Regel ist) antequam sententia feratur opponi posse perpetuum ed. manifeste declarat. quod si aliter factum fuerit i. i. r. permittitur. Dieser Schlußsatz bezieht sich wohl nur auf Nachholen nach der Sentenz.

III. Es folgen nun möglicher Weise die Vertheidigungen und Angriffe, welche oben als die in zweiter Linie stehenden bezeichnet wurden — Repliken und Dupliken wobei indessen nur die alten Grundsätze sich wiederholen und die ebenso behandelt werden, wie Klage- und Einredegrund.

IV. Nach den erörterten Grundsätzen richtet sich die Ordnung der Beweisführung bei allen möglichen zusammentreffenden zu beweisenden Behauptungen, wenn z. B. die Nothwendigkeit einer Beweisführung über den Exceptionsgrund mit dem der Replik oder mehrerer einzelner Exceptionsgründe zusammentrifft.

V. In Bezug auf den directen Gegenbeweis ist zu bemerken, daß zwar die Erledigung desselben zugleich mit dem Hauptbeweise beim Zeugenbeweise durch interogationes erschwert, vielleicht auch gar beseitigt wurde, daß aber sofort nach der Vernehmung der Zeugen des Beweisführers durch die den Parteien gestattete Gegenwart bei den Vernehmungen der Richter auf alle möglichen Erinnerungen und Einwendungen aufmerksam gemacht und der Beweis hierüber veranlaßt und sogleich geführt wurde. Irre geleitet durch die lateinische Uebersetzung haben die Glossatoren und diesen folgend neuere Rechtslehrer dem directen Gegenbeweis einen Platz in tempore disputationum nach beendigtem Beweisverfahren vindiciren wollen, bis Bethmann-Hollweg Handb. S. 272 überzeugend nachwies, daß die Nov. 90. c. 9. von einem solchen tempus disputationum nichts wisse. Es schließt sich

also die directe Gegenbeweisführung dem Beweise, zu dem sie gehört, an.

Hier mag es verstattet sein, zu bemerken, daß dem Verfasser die Ansicht Linde's Abh. I, 72, daß nämlich dem R. R. ein Verfahren, wobei über die Zulässigkeit der Beweismittel gestritten werde, ganz unbekannt sei, unhaltbar erscheine. Diese Behauptung stimmt nicht mit der freien und Alles umfassenden Beweglichkeit im Römischen Beweisverfahren zusammen; zudem kommt in Betracht l. ult Cod. Ad leg. Corn. de fals. IX, 22: Praebemus licentiam ut sive civiliter, sive criminaliter (ut actor elegerit) super prolatis codicillis vel aliis instrumentis requiratur: incumbit probatio fidei instrumenti ei primitus, qui scripturam protulerit deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus sit.

§. 22. Schlußbetrachtung.

Im Ganzen muß anerkannt werden, daß die Stellung des Beweisverfahrens, sowie der Grundcharakter des ganzen Verfahrens wenig verändert worden sind. Als vorzüglichste Aenderung stellt sich die Veränderung der Gerichtsverfassung heraus, daß nunmehr Ein Richter alle Funktionen übt. Diese Erscheinung gerade hat deutlich gemacht, daß die Scheidung zwischen jus und judicium keineswegs einer Scheidung zwischen unserem ersten und dem Beweisverfahren gleich kam. Das Beweisverfahren ist jetzt im Vergleich mit der früheren Periode noch mehr zerrissen und zerklüftet und zwar durch die Abnahme der Oeffentlichkeit, die den Chikanen der Parteien und Advocaten, sowie der richterlichen Willkür mehr Spielraum gewährte, durch die geringe Autorität und Kraft der Behörden, von der Symmachus, Berichte an den Kaiser ein trauriges Bild geben, durch die 3-, 6-, 9-monatlichen Dilationen instrumentorum colligendorum causa — bei jeder einzelnen Behauptung Ein Beklagter konnte unablässig neue, simulirte Einreden hervorholen, sie beweisen und nach deren Verwer-

fung dieſes traurige mit Spiel neuen Behauptungen und deren Beweisführung fortſetzen.

(Schluß im nächſten Hefte.)

XI.

Erfahrungen über die Wirkſamkeit der hannoverſchen bürgerlichen Prozeßordnung vom 8. November 1850.

Von

Herrn Dr. **Heinrich Albert Oppermann,**
Obergerichtsanwalt in Nienburg

(Schluß des Aufſatzes Nr. II. in vorigen Hefte.)

Mittheilungen Hannoverſcher Praktiker.

Anlage I.

Sie wünſchen von mir zu hören, wie ich nach den bisherigen Erfahrungen über das neue bürgerliche Prozeßverfahren urtheile. Ich kann jedoch nur in ſoweit ein Urtheil darüber äußern, als ich ſelbſt in meiner richterlichen Stellung Gelegenheit habe, darüber Erfahrungen zu machen, alſo nur über das Verfahren bei den Obergerichten. Was ich in der Berufungs-Inſtanz von den Verhandlungen bei den Amtsgerichten zu ſehen bekomme, iſt jedenfalls zu wenig, um einen vollſtändigen Ueberblick zu gewähren.

Was aber das Verfahren bei den Obergerichteu angeht, ſo bin ich darüber nicht zweifelhaft, daß das neue Prozeßverfahren im Vergleich zu dem frühern entſchieden vorzuziehen iſt, weil es nicht blos eine ungleich raſchere Juſtiz gewährt, ſondern auch durch die Unmittelbarkeit, die zwiſchen Parteien und Richtern obwaltet, die Auffaſſung der thatſächlichen Verhältniſſe und ihre rechtliche Beurtheilung weſentlich erleichtert.